

DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR*

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO**

Desembargador do TJRJ

Sumário:

1. Introdução. 2. A prestação jurisdicional em matéria de família. 3. Concubinato e sociedade de fato. 4. A nova disciplina constitucional. 5. Direito Comparado. 6. Natureza da norma constitucional. 7. Conceito de união estável como entidade familiar. 8. Aplicação imediata e legislação específica. 9. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

Que as minhas primeiras palavras sejam de agradecimento pelo generoso convite do Escritório Modelo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Posso dizer-lhes, com a ressalva de não pretender, nem de leve, qualquer comparação, o mesmo que Winston Churchill ao receber o Prêmio Nobel de Literatura de 1953, outorgado pela Academia Sueca:

Espero que vós tenhais tido razão. Sei que ambos, a Academia e eu próprio, corremos considerável risco, mas não por culpa minha. Contudo, não terei receio de espécie alguma, se a Academia também não tiver.

O tema propicia controvérsias rigorosas, não raro lastreadas na convicção última de cada protagonista, com relação ao sentido e ao alcance da legitimidade do ato civil do casamento. Embora seja possível enfrentá-lo escudado apenas na melhor interpretação da disciplina jurídica



* Conferência pronunciada no III Encontro Estadual de Curadores de Família no auditório da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em 10.8.90.

** Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 27/6/1996.

vigente, certo é que está sempre presente a dimensão filosófica, atraindo fortemente a melhor construção do Direito para a eficácia da prestação jurisdicional.

2. A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM MATÉRIA DE FAMÍLIA

Desejo, antes mesmo de qualquer formulação técnica específica, assinalar a grande complexidade da prestação jurisdicional em matéria de família.

Tenho acentuado no compasso dos julgados da Corte que tenho a honra de integrar, que a dimensão jurídica do casamento não substitui a sua estrutura humana e, pois, as obrigações dele decorrentes são passíveis de cobrança no cenário do seu existir humano. Estar casado não significa, modernamente, anular aspirações de cada parte, máxime da mulher, ainda hoje compelida ao regime da dupla jornada, a do lar e a do trabalho profissional, sofrida, por isso, nas uniões de trânsito entre o seu ontem e o amanhecer da sua conquista pela liberdade.

O casamento, na verdade, não sobreviverá como instituição social, no formato que herdamos, se não for compreendido como a solidariedade plural, por meio da qual cada cônjuge, fiel no amor, preserva, para cultivá-lo com sabedoria, o espaço da individualidade, de modo a manter a união o tempo todo, o todo do tempo.

E assim é porque o casamento, unindo duas pessoas recolhidas para a comunhão no trajeto de suas vidas, nasce com a identidade que, com inusitada frequência, é despertada pela "lei da afinidade", capaz de substituir o tempo pela intensidade. Por essa razão principal, o amor começa fulminante, mas acaba devagarinho, minado sorrateiramente pela falta de uma história comum, construída a quatro mãos, saída das estórias de todos os dias. Há, de fato, em maioria assustadora, no fenecer do casamento, quando é invocada a prestação jurisdicional, um fracasso comum, repartidas as razões do

malogro. Evidente é que a ressalva da culpa de um ou de outro, confirma a generalidade da culpa recíproca, transparecendo nos autos um avanço de incompreensões que, acumuladas, deságuam na insuportabilidade da vida comum.

Tenho entendido que com essa perspectiva é que devem ser enfrentadas algumas questões para as quais o Poder Judiciário é chamado a decidir. Por exemplo, a recusa do *debitum conjugale* como violação grave. Já se não pode mais pensar no matrimônio com o restrito conceito do *jus in corpus*, de cada cônjuge sobre o outro. O dever de entregar-se ao ato de amor não é mecânico, não supõe uma relação de poder. Ao contrário, a entrega recíproca do corpo é um estuário de amor, que une os parceiros. E a recusa, assim, não pode configurar grave violação quando manifestada em um cenário de ruptura, uma conseqüência de desacertos acumulados, de conflitos freqüentes. De outra parte, tome-se a angústia da regulamentação de visitas, para o que o Poder Judiciário, decidindo no patamar do Direito Comum dos cônjuges de participar na formação da prole, é tantas vezes atropelado pelos recalques alinhavados no cadinho do espírito. Decide-se para fazer justiça, somente eficaz se souberem os pais respeitar os filhos, propiciando com responsabilidade solidária o cumprimento da decisão judicial. Regulando com equilíbrio os critérios de visitação, o judiciário deixa para ambos a porta aberta aos sinais de carinho com os filhos. Se souberem doar-se, conscientes dos filhos mais do que de si próprios, poderão, ainda que separados pela vida que não puderam construir juntos, unir-se como uma só pessoa para ajudar a construção da vida do filho, que deles ainda tanto depende. Nestes casos, aos pais, com os olhos postos nos filhos, está entregue a responsabilidade de erguer uma passagem melhor, menos contundente, para que o amanhecer dos herdeiros que trouxeram ao mundo, não tenha no futuro o seu inconsciente arrombando os limites da própria felicidade. Anote-se que no quadro do matrimônio há toda uma disciplina consolidada ao longo de tantos anos!

3. CONCUBINATO E SOCIEDADE DE FATO

Com o passar dos anos o Poder Judiciário foi procurado para dirimir conflitos da mesma natureza decorrentes da união entre o homem e a mulher, sem o ato civil do casamento. E a partir desse momento, diante da multiplicação das questões judiciais tornou-se imperativo construir sobre a disciplina jurídica em vigor, tudo para espantar a proliferação de injustiças de toda a sorte.

Para essa união incorporou-se a denominação de concubinato. Paulo Dourado de Gusmão, em seu conhecido Dicionário de Direito de Família, assim conceitua o concubinato:

União livre e estável de um homem com uma mulher, não resultante do casamento, que não altera o estado civil dos concubinários, na qual são mantidas relações sexuais e da qual é constituída uma família (família natural ou ilegítima), em que os concubinários convivem notoriamente sob o mesmo teto (*more uxorio*), como se marido e mulher fossem, com fidelidade recíproca.¹

Note-se, de logo, que os elementos apresentados neste conceito clássico convergem para o fato essencial da constituição da família. E, verdadeiramente, a realidade social impôs tal conceito no plano jurídico, na medida em que seria de todo impossível, sob pena de grave desequilíbrio na proteção jurisdicional, desconhecer a existência de família assim constituída.

Diante da forte pressão social, formada a partir das questões patrimoniais, tornou-se imperativa a construção da jurisprudência.

Como desenhei em julgado da 1ª Câmara Cível do qual fui relator, a interpretação construtiva dos tribunais em matéria de concubinato tem-se assentado no princípio de que a partilha dos aqüestos não se faz porque a concubina é herdeira ou meeira do amásio,

¹ Paulo Dourado de Gusmão, Dicionário de Direito de Família, 2.º ed., Rio. Forense, 1987, p. 355.

mas tão-só porque há comunhão de trabalho, mesmo porque a simples qualidade de companheira e a convivência *more uxorio* não bastam para assegurar à concubina a condição de sócia ou meeira nos bens adquiridos pelo esforço comum.²

Começou a aplicação da doutrina da sociedade de fato, assim denominada

por não resultar de contrato ou de qualquer ato jurídico que a constitua, porquanto resulta do esforço comum do qual se formou um patrimônio, considerado como comum, do qual cada concubinário tem direito a uma cota proporcional à sua cooperação na formação do mesmo.³

A Súmula 380 do STF agasalhou o entendimento de que a comprovação da sociedade de fato entre os concubinos autoriza a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Assim, o concubinato em si mesmo, não gera, ao ver do Pretório Excelso, qualquer direito patrimonial. É condição essencial que se comprove a contribuição para a aquisição do patrimônio durante a convivência. E a Súmula 382 entendeu que a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio* não é indispensável à caracterização do concubinato.

A construção dos julgados para reparar a injustiça decorrente do desconhecimento legal da vida concubinária alcançou duas vertentes. A primeira, atribuindo à companheira que durante longa convivência prestou serviços domésticos ao concubino o direito à indenização por aqueles serviços. A segunda, foi aquela consagrada na já citada Súmula 380 do colendo STF. Na verdade, o que se procurou consolidar foi a idéia da inadmissibilidade do enriquecimento ilícito, "pois o homem que se aproveita do trabalho e da dedicação da mulher não pode abandoná-la sem indenização, nem seus herdeiros podem receber a herança sem

² Idem, p. 881.

³ Idem, p. 870.

desconto do que corresponderia ao ressarcimento", como mostrou Edgar Moura Bittencourt.⁴

É claro que a idéia de indenização por serviços prestados vai, a pouco e pouco, perdendo substância em face a crescente participação da mulher, sob as mais diversas formas, na administração da vida comum.

Modernamente, repugna à consciência crítica da mulher o fato de ser indenizada por serviços domésticos, como se fora o tempo de amor um interregno de prestação de serviços.

Por outro lado, a jurisprudência teve de encontrar algumas alternativas diante da dificuldade concreta de definir e quantificar o esforço comum. Nos EInfr na Ap. cível 8.691, relator o Des. Paulo Dourado de Gusmão, o E. 1º Grupo de Câmaras Cíveis decidiu que "na classe operária, urbana e rural, há presunção relativa de esforço comum, que incorre na classe média e na alta, em que depende de prova a contribuição dos concubinários".⁵

É certo que a interpretação construtiva que buscou escólios no art. 1.363 do CC, tende necessariamente a encontrar amparo no fato natural da vida em comum, deslocando-se do cenário meramente econômico. Anota Álvaro Villaça Azevedo:

Mesmo a admitir-se, com a citada Súmula 380, que é indispensável o "esforço comum" dos concubinos nessa formação do seu patrimônio, há que entender-se esse esforço em sentido amplo, pois nem sempre ele resulta de natureza econômica, podendo implicar estreita colaboração de ordem pessoal, às vezes de muito maior valia.⁶

Para o eminente Professor de São Paulo

⁴ Edgard Moura Bittencourt apud Sílvio Rodrigues, Direito Civil, 10.^a ed., v. 6/270.

⁵ Paulo Dourado de Gusmão, ob. cit., p. 872.

⁶ Álvaro Villaça Azevedo, Do Concubinato ao Casamento de Fato, 2.^a ed., Belém, ed. CEJUP, 1987, p. 88.

a família de fato, que nasce, espontaneamente, na sociedade precisa cercar-se de garantias jurídicas, para que não só o respeito humano entre seus membros, mas a responsabilidade, possam nortear suas vidas.

Concretamente, toda a construção interpretativa dos tribunais foi sendo elaborada com os olhos postos na necessidade de proteger a sociedade como um todo, que passou a agasalhar, em número cada vez maior, a então chamada sociedade concubinária.

Tenho para mim que o que se deve buscar é o abrigo da proteção jurídica da vida em comum. Não se pretende robustecer a união ilegítima, mas, sim, criar condições jurídicas, para proteger a constituição da família independente de sua origem no ato civil do casamento.

4. A NOVA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL

A nova Constituição brasileira veio ao encontro dessa interpretação construtiva, ao tratar da família, base da sociedade, dispondo no § 3.º do art. 226, inovadoramente: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

A meu juízo, com a nova disciplina constitucional, o que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro na disciplina contratual das sociedades de fato, do Código Civil, passa ao patamar da união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar e, como tal, gozando da proteção do Estado, legitimada para os efeitos da incidência das regras do direito de família, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.⁷

Indiscutivelmente, em que pese às convicções pessoais de natureza moral ou religiosa, a Constituição republicana dos oitenta deu um novo passo no que concerne à organização familiar.

⁷ Cf. Doreste, Maneschy e Direito, Questões de Direito Positivo, Rio, Renovar, 1990, pp. 202 e ss.

Como é sabido, dá-se a proteção do Estado com o Direito Positivo que edita. Assim, reconhecendo a união estável como entidade familiar, para efeito da proteção do Estado, a Constituição Federal permite, expressamente, que as leis protetoras da família protejam, também, a união estável.⁸

Desde logo, com o advento da nova Constituição, não se deve mais falar de concubinato, de sociedade de fato. São termos que têm de ser arquivados e, como consequência, o tratamento de todas as questões relativas à união estável deve ser nas Varas especializadas de família, não mais nas Varas Cíveis. Com isso, também, de logo, superadas estão tanto a necessidade da prova de esforço comum, como a indenização por serviços domésticos. No primeiro caso, é de ser reconhecida a comunhão dos bens adquiridos na sua constância, e no segundo caso, deve ser facultado o pensionamento.

5. DIREITO COMPARADO

No plano do Direito Comparado, na síntese de Eduardo Estrada Alonso, a ordenação legislativa das uniões estáveis, ou extramatrimoniais, comporta várias possibilidades: a) legislação direta e autônoma; b) aplicação analógica, no todo ou em parte, das normas que regulam a família legítima; c) combinar a legislação com outras fontes do Direito.⁹

O percurso pelo Direito Comparado será feito com os textos e respectivas fontes, dos já citados livros dos mestres Eduardo Estrada Alonso e Álvaro Villaça Azevedo. O Professor espanhol mostra que o sistema de conceder um estatuto legal à união livre é próprio da doutrina e dos ordenamentos sul-americanos.

⁸ V. voto vencido na Ap. cível 5.016/88, julgada em sessão de 23.5.89, pela 1ª Câmara Cível do TJRI.

⁹ Eduardo Estrada Alonso, Las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil Espanol. Madri, Cívitas. 1986, p. 121.

A lei panamenha de 1956 converte a união livre, com 10 anos de duração, em matrimônio, depois de um pequeno trâmite por meio do qual inscreve-se o "peculiar matrimônio" no registro civil com todas as consequências jurídicas do matrimônio civil.

A Carta Magna boliviana de 1945, no seu art. 21, trata como casamento diferente do civil, o chamado casamento de fato, que começa a produzir efeitos depois de dois anos de duração.

Na Guatemala as uniões de fato foram reconhecidas na Constituição de 1945, estabelecendo o Código Civil que com três anos de duração e inscrição no registro civil, começam a produzir efeitos jurídicos, assim disciplinando o Código Civil de 1963. A antiga Constituição cubana de 1940 simplesmente equiparava a união livre ao casamento civil, competentes os tribunais para tal fim. O Código de Família de 1975 também trata do chamado "matrimônio não formalizado", exigindo o seu reconhecimento voluntário ou judicial para produzir os efeitos previstos em lei.

Também em Honduras a Constituição de 1957 reconhece o casamento de fato entre pessoas que estão legalmente capacitadas a se casarem, delegando à legislação ordinária a regulamentação das condições sob as quais possa tal união surtir efeitos legais.

No Peru, desde antes de sua conquista, praticou-se uma espécie de "união antecipada", tendo por objetivo o conhecimento recíproco das aptidões e qualidades dos pretendentes. Na legislação dos tempos modernos, tem-se um sistema parecido com o reconhecimento de alguns direitos como os de indenização e alimentos. Todavia, a Constituição de 1979 estabeleceu no art. 90 que "a união estável de um varão e de uma mulher, livres de impedimento matrimonial, que constituem um lar de fato, pelo tempo e nas condições assinalados na lei,

dá lugar a uma sociedade de bens, que se sujeita ao regime da comunhão patrimonial no que for aplicável".

A federação mexicana é rica de exemplos. O Código Civil Mexicano de 1928, para o Distrito e Territórios Federais inclui a concubina na ordem da vocação hereditária. Pelo art. 1.635, a mulher que viveu com o autor da herança, como se fosse seu marido, durante cinco anos, imediatamente antes da morte desse companheiro, ou que com ele teve filhos, desde que livres de matrimônio, durante o concubinato, tem direito a herdar nos termos e condições constantes de seis incisos. Todavia, se, ao morrer, o concubino tinha várias concubinas nenhuma delas terá direito sucessório. Segundo Álvaro Villaça Azevedo, preserva-se, desse modo, também a moralidade da união concubinária, tendo os concubinos o dever de viverem lealmente, um com o outro, tal como ocorre no casamento, quanto ao dever de fidelidade. Há, também, uma presunção de paternidade quanto aos filhos havidos ria convivência concubinária, semelhante à que se estabelece para o casamento.

Já o Código Civil do Estado de Morelos reconhece direito alimentar à concubina, desde que sua união tenha durado por cinco anos e sendo os concubinos solteiros. E no Código Familiar para o Estado de Hidalgo está o conceito da união livre:

A união de um homem e uma mulher livres de matrimônio, que durante mais de cinco anos, de maneira pacífica, pública, contínua e permanente, sem ter impedimento para contrair matrimônio, fazem vida em comum como se estivessem casados, e com obrigação de prestar-se alimentos mutuamente (art. 146).

E o art. 148, após mencionar que a concubina só tem direito a usar o apelido do concubino quando seus filhos portarem o nome de ambos os conviventes, assinala os casos em que estes têm direito recíproco de herança na sucessão legítima. E, ainda, o art. 149 cuida da dissolução do concubinato, autorizando que os concubinos reclamem,

mutuamente, alimentos perante o Juiz de Família, que os fixará no tempo e de acordo com o patrimônio e as condições de trabalho de ambos.

Mostra Eduardo Estrada Alonso, que também fora do contexto sul-americano, a união livre tem merecido tratamento legal. Tal é o caso do common law marriage que é praticado em alguns Estados da América do Norte e na Escócia. Na Austrália do Sul, a lei de 1975 sobre as relações familiares cria a categoria de "esposos putativos", na qual se incluem as pessoas que tenham coabitado sem interrupção fora do matrimônio durante pelo menos cinco anos, situando-os no mesmo plano dos casados.

Outro grupo trata a matéria pela aplicação analógica das normas da família legítima, sendo próprio dos países de common law a assimilação entre matrimônio de facto e matrimônio de jure.

Na Itália adota-se o regime da aplicação analógica, que vai da equiparação parcial à total. Esta última, parte do conceito de "sociedade natural", atribuído pelo art. 29 da Constituição à família, para considerá-la como uma instituição que nasce independentemente do ordenamento. A família, neste caso, não nasce como consequência do ordenamento jurídico, mas, sim, à margem de todo ato constitutivo, em termos de relação, que é o elemento estrutural comum. A primeira, equiparação parcial, parte do fato de não ser possível aplicar-se o mesmo regime a situações jurídicas diferentes. A união livre pertence ao mundo dos fatos e a família legítima ao mundo do Direito.

Merecem referenciados, ainda, dois sistemas: o da regulamentação pelos conviventes mediante acordo, combatido na Espanha, e o da regulamentação jurisprudencial, de larga aceitação. A Suprema Corte italiana, em decisão de 1977, reconheceu a *famiglia di fatto* como comunidade na qual se realiza

uma função de gratificação afetiva e de solidariedade social, que se corresponde com a função da família legítima, e na

qual se dá vida a um processo de desenvolvimento da pessoa, derivando-se daí, conseqüentemente, determinados efeitos jurídicos.

Este sistema que, na verdade, sinaliza a força da realidade social na interpretação construtiva dos tribunais, é o único caminho possível para substituir, em um primeiro momento, e acelerar, em muitos casos, o tratamento legal da matéria. O já mencionado Eduardo Estrada Alonso conclui com as seguintes ponderações, que merecem a serena reflexão de todos nós:

Com esta solução, que tanto pesa, só resta a esperança de que os juizes superem com vontade suas convicções morais pessoais em tudo o que não coincidam com o parecer geral da comunidade sob sua jurisdição. Que tenham em conta, na hora de decidir sobre estes assuntos, os princípios de equidade e de responsabilidade, as situações injustas que uma união livre pode produzir para a parte mais fraca ... ¹⁰

6. NATUREZA DA NORMA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 ao reconhecer a união estável como entidade familiar livrou a união livre do opróbrio em que se encontrava. Veio impor a proteção jurídica à vida em comum, comprovada por tempo que configure estabilidade de convivência, com vocação de permanência, até mesmo como meio de espancar injustiças e desprezo.

Muitos eminentes Colegas, amparados em boa doutrina, têm entendido que a regra constitucional não pode ser aplicada imediatamente, isto é, tem eficácia limitada.

O meu convencimento, com o maior respeito aos que pensam em sentido contrário, é diverso. A regra jurídica do § 3.º do art. 226, tem eficácia contida, pois, como ensina José Afonso da Silva, estas "são de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu

¹⁰ Idem, pp. 160 e 161.

normatividade suficiente, aos interesses vinculados à matéria de que cogitam".¹¹

Para o ilustre Constitucionalista de São Paulo as *normas de eficácia* contida não dependem da interferência do legislador ordinário,

sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do Poder Público, para manter a ordem, a segurança pública, a segurança nacional, a integridade nacional etc, na forma permitida pelo Direito objetivo).¹²

7. CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

Ora, se a união estável é entidade familiar, como determinado pela Constituição, não se pode mais tratar a união entre o homem e a mulher, sem o ato civil do casamento, como sociedade de fato, ou concubinato, eis que não se trata mais de mancebia, amasiamento, mas de *entidade familiar*. Segundo Aurélio: aquilo que se constitui a essência de uma coisa; existência, individualidade.

Assim, entidade familiar tanto é a que se origina do casamento, como a que nasce da união estável, como, ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, nos termos do art. 226 da CF de 1988.

A união estável, *entidade familiar* formada por um homem e uma mulher, é a vida em comum, *more uxorio*, por período que revele estabilidade e vocação de permanência, com sinais claros, indubitáveis da vida familiar, e com o uso em comum do patrimônio.

¹¹ José Afonso da Silva, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, São Paulo, Saraiva, 1968. p. 96.

¹² Idem, p. 108.

Com tal raciocínio, que certamente enfrentará dificuldades para alcançar aceitação em plenitude, a jurisprudência poderá construir tranqüilamente as novas fronteiras jurídicas em matéria da família.

8. APLICAÇÃO IMEDIATA E LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Como já vimos antes, desde logo, a questão relativa à participação patrimonial há de ultrapassar o preâmbulo das provas do esforço comum, de natureza econômica, para agasalhar a comunhão dos bens adquiridos durante a união estável, o mesmo valendo para a questão da indenização que deverá ser substituída pela pensão alimentícia.

Sendo de eficácia contida, a legislação ordinária que facilitará a conversão da união estável em casamento, poderá disciplinar a matéria nos seus detalhes. Poderá, até mesmo, o que seria, de resto, tecnicamente o mais correto, diante dos termos da Constituição, ocupar-se apenas da conceituação da união estável. Assim, definida a união estável, estabelecerá a sua equiparação ao casamento civil, mediante os procedimentos que determinar, os quais, em obediência ao mandamento constitucional, deverão ser os mais simplificados.

O conceito a ser adotado conterà, certamente, a evidência da vida em comum, *more uxorio*, por um determinado tempo, que poderá ir de dois a cinco anos, revelando com isso estabilidade e vocação de permanência, com o uso em comum do patrimônio.

Em sua notável monografia, o tantas vezes citado Eduardo Estrada Alonso aponta, para a caracterização das uniões livres, presente as condições do Direito espanhol, as seguintes características, que a seguir estão sintetizadas:

1. *Convivência "more uxorio"* — esta convivência será constituída pelo aspecto material de coexistência diária desenvolvida habitualmente pelos laços do casamento.

2. *Ausência de toda formalidade* — a constituição da união livre depende exclusivamente da vontade e do mútuo consentimento dos companheiros, que se presume continuamente renovado pelo requisito, também exigido, da coabitação.

3. *Cumprimento voluntário dos deveres matrimoniais*. O dever de fidelidade — a convivência *more uxorio*, deve estar fundamentada em um dever moral de fidelidade mútua, com a mesma responsabilidade espiritual e interna dos cônjuges no casamento. Mas, não se lhe confere caráter obrigatório, mas, apenas, para os efeitos de atribuir conseqüências jurídicas concretas.

4. *Comunidade de vida* — se a convivência há de ser como a dos cônjuges, não pode ser exigido, em boa lógica, mais aos companheiros do que aos esposos.

5. *Comunidade de vida estável e duradoura* — deve ser fixado um prazo como índice de estabilidade das uniões livres.

6. *Heterossexualidade* — a união livre deve ser entre o homem e a mulher.

7. *Relação monogâmica* — deve ser excluída a relação extramatrimonial que seja simultânea ao casamento, salvo se este estiver desfeito ou em estado de separação, inexigível em tais casos o dever de fidelidade.

8. *Relação sexual* — esta converte a mera convivência em união livre, qualquer que seja o tempo em que aquela tenha sido realizada. Os conviventes que por qualquer motivo, não possam continuar mantendo o contato sexual iniciado, mas continuem vivendo juntos não devem ser excluídos.

9. *Procriação* — não pode negar-se que a filiação aperfeiçoa e estabiliza a união livre. Porém, o essencial é a relação dos conviventes, independentemente da existência ou não de filhos.

10. *Idade* — para que os conviventes desenvolvam espontaneamente os deveres de fidelidade e ajuda mútua, e até mesmo para um definitivo desenvolvimento sexual, deve ser fixada uma idade mínima que coincida, quando menos, com a maioridade dos conviventes no momento de iniciar-se a relação.

11. *"Affectio"* — por tal deve entender-se a amizade autêntica, o afeto recíproco entre os companheiros, a origem espontânea da solidariedade e responsabilidade dos conviventes. Vem a ser, de fato, a causa primeira da união extramatrimonial e, assim, o resto dos requisitos analisados não são mais do que suas conseqüências. Representa o fundamento último das uniões livres, sem o qual elas não poderiam sobreviver.

9. CONCLUSÃO

Note-se bem que a disciplina constitucional não veio para acobertar os aventureiros do amor, que deitam raízes de papel, aqui, ali, ou acolá, de ambos os sexos, verdadeiros amantes de cada porto. A Constituição criou condições concretas para defender a família constituída ainda que com origem alheia, não importa porque razões, ao ato civil do casamento.

Um fecundo trabalho de formulação terá de ser feito. Em um primeiro momento, pela doutrina, resultado da reflexão dos doutos, e pelos julgados, que enfrentam nas estórias de todos os dias o desafio de construir o Direito vivo, para que melhor se distribua a justiça.